

VU Research Portal

Opzet op de harde schijf: criteria voor opzettelijk bezit van digitale kinderporno

Stevens, L.; Koops, E.J.

published in

Delikt en Delinkwent
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Stevens, L., & Koops, E. J. (2009). Opzet op de harde schijf: criteria voor opzettelijk bezit van digitale kinderporno. *Delikt en Delinkwent*, 39(7), 669-696.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Opzet op de harde schijf: criteria voor opzettelijk bezit van digitale kinderporno²

51 *Computers bevatten vaak bestanden waarvan de gebruiker zich niet bewust is. Dit roept de vraag op wanneer het bezit van kinderporno die wordt aangetroffen op de harde schijf opzettelijk en dus strafbaar is. In de rechtspraak spelen drie elementen een rol: kennen (zich bewust zijn), kunnen (beschikkingmacht hebben) en willen (niet effectief verwijderd hebben). Bij de beoordeling van die criteria wordt eerder strafrechtelijke aansprakelijkheid aangenomen wanneer er sprake is van een verdachte met actieve kinderpornobemoeienis. De actieve kinderpornokijker, waar de voorgestelde Lanzarotewetgeving haar pijlen op richt, kan in veel gevallen dan ook al worden veroordeeld onder huidig recht.*

I Inleiding

Sommige zaken zijn zo laakbaar of gevaarzettend dat de wetgever het opzettelijke bezit ervan strafbaar heeft gesteld – denk aan wapens zonder vergunning, drugs, kinderpornografie of een wachtwoord om zonder betaling toegang te krijgen tot het digitale archief van DD³. Wanneer zo'n zaak in een woning wordt aangetroffen, zal het bezit meestal opzettelijk zijn – je haalt tenslotte meestal niet per ongeluk een Smith & Wesson .44, een kilo cocaïne of een VHS-band met kinderporno in huis. Met digitale strafbare gegevens ligt dat echter wat genuanceerder. Een genetwerkte computer bevat allerlei gegevens waarvan de gebruiker zich vaak niet bewust is. Daarbij hebben we het niet alleen over systeembestanden en tijdelijke bestanden die de

1 Universitair docent straf(proces)recht, Vrije Universiteit Amsterdam; Hoogleraar regulering van technologie, Universiteit van Tilburg.

2 Citeerwijze: L. Stevens en E.J. Koops, 'Opzet op de harde schijf: criteria voor opzettelijk bezit van digitale kinderporno', *DD* 2009, 51.

3 Zie artikel 139d lid 2 onder b jo artikel 138a Sr.

computer automatisch genereert (welke instelling hanteert u voor het bewaren van tijdelijke Internet-bestanden?), maar ook lange vingers (oftewel ‘cookies’), spionage- en andere wanwaar,⁴ automatisch via peer-to-peernetwerken als KaZaA of Limewire binnengehaalde bestanden, alsmede weggegooide bestanden die minder weggegooid zijn dan de gebruiker denkt (wanneer heeft u voor het laatst uw prullenbak geleegd?).

Dit roept de vraag op wanneer het bezit van strafbare gegevens die worden aangetroffen op een harde schijf opzettelijk en dus strafbaar is. De meest voorkomende vorm van strafbare gegevens in de opsporingspraktijk betreft kinderporno. In de nodige gevallen bestrijdt de verdachte dat hij die kinderporno opzettelijk in zijn bezit heeft gehad, omdat het staat op een plek op de harde schijf waar de eigenaar of gebruiker – die niet altijd een computerkenner is – geen weet van of toegang toe had. Onder welke omstandigheden en met welke argumenten honoreert de rechter een dergelijk verweer? In dit artikel onderzoeken we welke criteria rechters aanleggen om de opzet op het bezit van kinderporno op de harde schijf te beoordelen, en welke factoren zij daarbij van belang achten.

Het systematiseren en synthetiseren van de rijke jurisprudentie die over dit vraagstuk is ontstaan, is van belang voor de praktijk, zowel om duidelijkheid te scheppen over de bestaande rechtspraak,⁵ als ook om officieren, advocaten en rechters te helpen die iets minder verstand hebben van ‘unallocated clusters’, ‘temporary Internet files’ of de ArtCache van MediaPlayer. Ook wetenschappelijk is het interessant, omdat het bijdraagt aan het inzicht in de veranderingen die ICT in het strafrecht teweeg brengt, in dit geval op het vlak van de invulling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Een andere reden om het opzettelijke bezit van digitale kinderporno te onderzoeken is gelegen in de actualiteit: momenteel is een wetsvoorstel aanhangig, als uitvloeisel van het Verdrag van Lanzarote,⁶ dat, kort gezegd, het op-

4 Wanwaar (‘malware’) is een koepelterm voor allerlei vormen van kwaadaardige software, zoals (ongeautoriseerde) advertentie- en spionageware, virussen en Trojaanse paarden. Het gebruik hiervan neemt explosief toe, zie Govcert, Trendrapport 2008, beschikbaar op <http://www.govcert.nl/download.html?f=114>.

5 Daar is behoefte aan, zoals blijkt uit de uitspraak van de minister dat ‘de jurisprudentie over artikel 240b Sr (...) nog geen duidelijk beeld [geeft] op de vraag naar de reikwijdte van het begrip “bezit” in een digitale context’ (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 3). Onze jurisprudentieanalyse beoogt aan te tonen dat wel degelijk een duidelijk beeld van deze materie kan worden geschetst.

6 Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik, *Trb.* 2008, 58.

zettelijk kijken naar kinderporno op de computer onder de reikwijdte van artikel 240b Sr brengt.⁷ Niet alleen kunnen de criteria voor opzettelijk bezit van kinderporno wellicht ook worden gebruikt om te beoordelen wanneer iemand zich opzettelijk toegang heeft verschaft tot digitale kinderporno, maar ook is het interessant te kijken in hoeverre de nieuwe strafbaarstelling van *kijken* een vangnet vormt ten aanzien van de gevallen die volgens de huidige rechtspraak inzake artikel 240bSr niet strafbaar zijn; daar komen we later nog op terug.

Voor ons onderzoek hebben we jurisprudentie verzameld over bezit van kinderporno op de harde schijf. Via zoekvragen op www.rechtspraak.nl met als zoektermen [kinderporno “harde schijf”], [kinderporno “hard disk”], [kinderporno harddisk], [kinderporno prullenbak], [“unallocated clusters”], [“temporary internet files”] en [kinderporno bijvangst] hebben we een verzameling van circa 100 uitspraken gegenereerd. Hiermee hebben we mogelijk niet alle beschikbare jurisprudentie verkregen waarin bezit van digitale kinderporno ter discussie staat, maar een steekproefsgewijze controle op [240b computer] leverde geen andere relevante uitspraken op die iets toevoegden aan ons corpus. Uit deze verzameling hebben we de uitspraken verwijderd die niet relevant waren voor de vraagstelling, bijvoorbeeld waar het een arbeidsrechtelijke zaak betrof of waar de verdachte het opzettelijk bezit van kinderporno niet bestreed. Dit resulteerde in een corpus van 51 relevante zaken, dat onzes inziens een representatief beeld geeft van de rechtspraak over opzettelijk bezit van digitale kinderporno. De uitspraken hebben we gerubriceerd naar verschillende soorten verweren en vervolgens geanalyseerd om de gehanteerde criteria en factoren uit af te leiden.

De opzet van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 bespreken we de rechterlijke uitspraken inzake het bezit van kinderporno. Daarbij onderscheiden we op basis van de in die zaken gevoerde verweren twee hoofdcategorieën: verwijderde kinderpornobestanden en onbekende kinderpornobestanden. De criteria en factoren voor het aannemen van bezit die op basis van die rechtspraak kunnen worden onderscheiden worden vervolgens uiteengezet in paragraaf 3. Eveneens in paragraaf 3 bekijken we de verhouding tussen (de criteria voor) bezitten van en kijken naar kinderporno. Wij ronden af met een conclusie in paragraaf 4.

⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nrs. 1-5.

2 Jurisprudentie-analyse: wanneer is er sprake van ‘opzettelijk bezit’?

Vragen rond het opzettelijke bezit van kinderporno blijken op basis van de rechtspraak in twee hoofdcategorieën (en vijf subcategorieën) te kunnen worden onderverdeeld. De eerste heeft betrekking op het feit dat de bestanden verwijderd waren: ze zijn aangetroffen (1) in de prullenbak of (2) in zogeheten ‘unallocated clusters’ (paragraaf 2.1). De verdachte ontkent hier meestal niet dat hij de plaatjes of video’s (kort) bezeten heeft, maar geeft aan dat hij ze verwijderd heeft van de computer zodra hij merkte dat het om kinderporno ging. Het gaat derhalve om bestanden waarmee de verdachte weliswaar ooit bekend was maar waarvan hij aangeeft het bezit niet te hebben willen aanvaarden. De tweede categorie heeft meer te maken met bestanden waarvan de verdachte zegt nooit te hebben geweten dat hij ze bezat: de kinderporno (3) bestaat uit automatisch gemaakte kopieën, zoals ‘temporary Internet files’ of MediaPlayer’s Art Cache, (4) was nooit opgevallen tussen (grote) hoeveelheden, veelal automatisch binnengehaald, legaal materiaal, zoals volwassen porno, of (5) moet door iemand anders op de computer gezet zijn (paragraaf 2.2). Sporadisch komt een restcategorie voor (paragraaf 2.3).

2.1 *Verwijderde bestanden*

2.1.1 De prullenbak

Net als bij een echte vuilnisbak, blijft datgene wat je van je computer ‘weggooit’, zitten in de prullenbak totdat je het definitief aan de straat zet; in Windows-termen doe je dat door de prullenbak ‘leeg te maken’. Kinderporno in de prullenbak is weliswaar verwijderd maar nog steeds aanwezig op de harde schijf en tevens – met weinig moeite en zonder hulp van speciale software of gespecialiseerde kennis – weer toegankelijk te maken. In zijn algemeenheid kan er daarbij van uitgegaan worden – en de rechter doet dat in de zes gevonden uitspraken ook – dat de verdachte de kinderporno ooit gezien moet hebben maar vervolgens heeft besloten deze te verwijderen.

Het criterium voor bezit van kinderporno in de prullenbak lijkt zich in de eerste plaats te richten op de beschikkingsmacht over of de toegang tot de kinderporno. Voor het vaststellen van het bezit gebruikt de rechter bewoordingen als ‘op eenvoudige wijze toeganke-

lijk, ‘geen probleem om weer tevoorschijn te halen’, ‘gemakkelijk terug te halen’, en ‘een zekere beschikkingsmacht’.⁸ De toegankelijkheid van de prullenbak en daarmee de mogelijkheid dat de verdachte kan beschikken over de kinderporno maakt dus dat er sprake is van (voorwaardelijk) opzet op bezit. Daarbij lijkt de rechter uit te gaan van de veronderstelling dat de gemiddelde computergebruiker weet dat met het verwijderen van bestanden deze in de digitale prullenbak terecht komen, en dat hij weet dat bestanden in die prullenbak nog toegankelijk zijn. Slechts in één uitspraak wordt overwogen dat de verdachte als oud-systeembeheerder bij de belastingdienst kennis van zaken had,⁹ in de overige uitspraken wordt niets vastgesteld over de computervaardigheden van de verdachte. De rechtspraak gaat er dus van uit dat de gemiddelde computergebruiker zich bewust hoort te zijn van de werking van de prullenbak, en dat de gemiddelde gebruiker feitelijke beschikkingsmacht heeft over de inhoud van de prullenbak. In een enkele uitspraak wordt ‘de prullenbak’ niet eens geproblematiseerd en wordt het bezit gewoon aangenomen.¹⁰

In de meeste zaken echter, besteedt de rechter naast het *weten* ook aandacht aan de vraag of de verdachte *wilde* beschikken. De Rechtbank Zwolle en de Rechtbank Arnhem stellen in dat kader de vraag of er ‘aanwijzingen zijn om aan te nemen dat de verdachte de bestanden in de prullenbak heeft geplaatst met een andere bedoeling dan deze te verwijderen’.¹¹ Belangrijk voor het antwoord op die vraag is de omstandigheid of de verdachte na verwijdering de bestanden nog heeft bekeken. In beide zaken was dat niet het geval. De rechter is hier kennelijk van oordeel dat het weggooien van bestanden zonder de prullenbak te legen in beginsel geen opzet op bezit oplevert, tenzij het tegendeel blijkt.

In een meerderheid van uitspraken wordt deze hoog ogende drempel voor opzet echter niet (als zodanig) gehanteerd. De standaardpositie luidt dat de feitelijke beschikkingsmacht over de bestanden in de prullenbak een (voorwaardelijk) opzet op het bezit impli-

8 Rechtbank 's-Hertogenbosch, *LJN* BG9125, Rechtbank Maastricht, *LJN* BD4797, Rechtbank Zwolle, *LJN* AU1861 en Rechtbank Arnhem, *LJN* BA1508.

9 Rechtbank Maastricht, *LJN* BD4797.

10 Rechtbank Leeuwarden *LJN* AZ2144. Uit de strafmaatoverweging kan ook nog worden opgemaakt dat is vastgesteld dat de verdachte actief op zoek ging naar kinderporno op Internet.

11 Rechtbank Arnhem, *LJN* 3696 en Rechtbank Zwolle, *LJN* AU1861. De Rechtbank Zwolle lijkt gezien de formulering het criterium te hebben overgenomen van de Rechtbank Arnhem.

ceert.¹² Weggooien maar in de prullenbak laten staan levert opzettelijk bezit op, tenzij het tegendeel blijkt. Dat tegendeel kan blijken als zijn gedrag aangeeft dat de verdachte niet de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de kinderporno zich nog steeds op zijn harde schijf bevond. Een omstandigheid die de hierbovengenoemde Zwolse rechter van voldoende belang achtte was bijvoorbeeld dat de verdachte meteen na het aantreffen van de kinderporno zijn ouders en de burens heeft ingelicht.¹³ In een andere zaak voor de Rechtbank Arnhem voerde verdachte aan dat het zijn bedoeling was geweest om de bestanden definitief te verwijderen. Daarin wordt hij door de rechtbank gevolgd gegeven het feit dat er zich slechts één foto met kinderpornografisch materiaal bevond in de prullenbak, terwijl eveneens kon worden vastgesteld dat de verdachte zijn best had gedaan om overige kinderporno definitief te verwijderen (zie hierna onder 2.1.2).¹⁴

Uit dit overzicht kunnen we concluderen dat de jurisprudentie door de bank genomen als criterium hanteert dat kinderporno in de prullenbak onder de beschikkingsmacht van de gemiddelde computergebruiker valt, en dat deze beschikkingsmacht in beginsel opzettelijk bezit oplevert, tenzij uit omstandigheden blijkt dat de verdachte het materiaal echt niet wilde bezitten.

2.1.2 Verwijderd maar nog forensisch terug te halen

In veel zaken kinderpornozaken waarin het opzettelijk bezit wordt bestreden, is de kinderporno aangetroffen op de zogenoemde ‘unallocated clusters’ van de harde schijf (of op soortgelijke plaatsen, zoals ‘lost folders’). Dit zijn zeg maar ‘dakloze’ bestanden die op de harde schijf blijven staan als het ‘adres’ van het bestand wordt verwijderd. Wanneer de prullenbak wordt geleegd, worden de bestanden namelijk niet zelf vernietigd, maar wordt alleen het adres of etiket van het bestand gewist, zodat die plaats op de harde schijf vrijkomt voor andere bestanden. Zolang het bestand echter niet wordt overschreven door andere bits en bytes, blijft het gewoon bestaan. Hoewel de computer het bestand niet zelfstandig meer kan vinden, is het wel mogelijk om met specialistische, forensische software het bestand weer

¹² Zie bijvoorbeeld Rechtbank Maastricht, *LJN* BD4797: ‘dat de verdachte een zekere beschikkingsmacht heeft gehad over deze bestanden en *aldus* de daarop aangetroffen kinderporno in zijn bezit heeft gehad’ (onze cursivering).

¹³ Rechtbank Zwolle, *LJN* AU1861.

¹⁴ Rechtbank Arnhem, *LJN* BA1508.

zichtbaar te maken. Zelfs als het bestand (gedeeltelijk) een enkele keer is overschreven, blijven er nog sporen over. In veel gevallen kan forensisch onderzoek aldus nog kinderporno op de harde schijf aantreffen, waarvan de gebruiker dacht dat deze verwijderd was. Wil men een bestand dus echt definitief van de harde schijf verwijderen, dan moet speciale verwijdersoftware worden gebruikt die het bestand herhaaldelijk met enen en nullen overschrijft.

Anders dan bij de prullenbak is het vaststellen van bezit hier dan ook niet zo eenvoudig. Bezit zou alleen kunnen worden vastgesteld bij de buitengewoon computervaardige verdachte waarvan aannemelijk is dat hij beschikking heeft over de benodigde software. In de meeste gevallen is dat niet zo. Zo spreekt de Rechtbank Arnhem vrij in een geval waarin niet kon worden vastgesteld dat de verdachte dergelijke forensische software bezat.¹⁵ De Rechtbank Groningen doet in een soortgelijk geval hetzelfde en overweegt daarbij tevens dat het element van ‘bewuste vastlegging’ ontbreekt.¹⁶ Aanwezigheid van kinderporno in ‘unallocated clusters’ kan dus normaliter niet worden geïnterpreteerd als het opzettelijk in bezit hebben.

De rechter kijkt in deze gevallen echter niet alleen naar het in bezit *hebben* (het bezit *ex nunc*), maar ook naar het in bezit *gehad hebben*, dus de beschikkingsmacht die de verdachte ooit had voordat hij de bestanden verwijderde: het bezit *ex tunc*. In twee uitspraken wordt die toetsing *ex tunc* met opmerkelijk gemak uitgevoerd: het aantreffen van de bestanden in de ‘unallocated clusters’ sluit niet uit dat ze ooit in de ‘allocated clusters’ zaten en dus toegankelijk waren; er is dus sprake van opzettelijk bezit (*ex tunc*).¹⁷

In de meeste uitspraken wordt echter aan de hand van diverse factoren beoordeeld of de verdachte de kinderporno ooit bewust in bezit heeft gehad. Bij deze beoordeling kunnen twee door de rechter gehanteerde perspectieven worden onderscheiden. In de meeste zaken ligt het accent op één van beide perspectieven; in een enkele wordt aan beide aandacht besteed.

Het eerste perspectief richt zich op de vraag of er ooit sprake is geweest van bewuste vastlegging van kinderporno. De verdachte moet de bestanden bewust hebben opgeslagen of hij moet er zich be-

¹⁵ Rechtbank Arnhem, *LJN* BA1508.

¹⁶ Rechtbank Groningen, *LJN* BC3529. Zie ook Rechtbank 's-Hertogenbosch, *LJN* BH0895, Rechtbank Dordrecht, *LJN* AV0150, Rechtbank 's-Gravenhage, *LJN* BH0749, Gerechtshof 's-Gravenhage, *LJN* AV2588.

¹⁷ Zie de uitspraak van de Rechtbank Zutphen, *LJN* AU1918, en de uitspraak van het hoger beroep in diezelfde zaak, Gerechtshof Arnhem, *LJN* AV2184.

wust van zijn geweest dat de afbeeldingen automatisch bewaard bleven op de harde schijf.¹⁸ Daarbij kunnen verschillende omstandigheden van belang zijn. Dat een verdachte goed met computers kan omgaan is een indicatie in de richting van bewuste vastlegging.¹⁹ Als blijkt dat de verdachte betalingen heeft verricht aan een kinderpornosite, is dat een sterke aanwijzing dat er inderdaad bewust kinderporno is binnengehaald.²⁰ Als op andere, wel toegankelijke, plekken van de harde schijf eveneens kinderporno is opgeslagen, neemt de rechter het bezit van kinderporno op de ontoegankelijke plekken eveneens aan.²¹ De verdachte die een hobby maakt van het verzamelen en bewerken van zowel kinderporno als porno wordt geacht bewust kinderporno te hebben vastgelegd, dan wel heeft hij volgens de rechter ‘welbewust het risico genomen dat hij kinderpornografisch materiaal in bezit zou krijgen’.²² Het ontbreken van een eigen mapstructuur op de harde schijf om de kinderporno op te slaan kan echter weer een aanwijzing zijn dat de verdachte niet bewust bezig is geweest met het verzamelen en vastleggen van kinderporno.²³

Het tweede perspectief richt zich op de vraag of de verdachte er alles (wat van een normale computergebruiker kan worden verwacht) aan heeft gedaan om de kinderporno zo snel mogelijk van zijn computer te halen. Als reeds is vastgesteld dat de verdachte bewust kinderporno heeft vastgelegd lijkt voor dit perspectief geen plaats meer. Als echter is vastgesteld dat de verdachte juist niet bewust bezig is geweest met vastlegging,²⁴ of in die zaken dat de vraag naar de vastlegging niet wordt behandeld, komt de vraag van de effectieve verwijdering aan de orde. Het criterium wordt mooi geformuleerd door het Hof Arnhem: ‘het materiaal is hem op enig moment gepasseerd en hij heeft zich er vervolgens op de meest effectieve wijze die hem als min of meer gewoon computergebruiker ter beschikking stond van ontdaan’.²⁵ Veel bijzondere inspanning lijkt er, in elk geval

18 Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch, *LJN* BH0895.

19 Rechtbank Utrecht, *LJN* BG5730.

20 Rechtbank Roermond, *LJN* AX9921.

21 Rechtbank Breda, *LJN* AY5686, Rechtbank Roermond, *LJN* AX9921.

22 Rechtbank Breda, *LJN* AY5686, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, *LJN* AZ8027, Rechtbank Assen, *LJN* BG9649.

23 Rechtbank Dordrecht, *LJN* AV0150.

24 Rechtbank Dordrecht, *LJN* AV0150.

25 Gerechtshof Arnhem 4 april 2005, nummer 21/006010-04, gevolgd in Hoge Raad, *LJN* AZ0221 (die om andere redenen casseerde). Het criterium wordt ook gebruikt door de Rechtbank Dordrecht, *LJN* AV0150. Zie ook het vergelijkbare criterium van de politierechter te Roermond, *LJN* AX9921: ‘indien iemand al dan niet per ongeluk een kinderpornoafbeelding aanklikt en daardoor sporen op

→

voor de gemiddelde computergebruiker, niet nodig voor ‘de meest effectieve wijze’. Het verwijderen uit de prullenbak wordt door de rechter voldoende geacht.

Een element dat in diverse uitspraken wordt gebruikt bij het bepalen van een al dan niet effectieve verwijdering, is tijd. Als de verdachte meteen nadat hij wist dat hij kinderporno had binnengehaald de bestanden heeft verwijderd, is dat een aanwijzing voor een effectief willen verwijderen.²⁶ Als het onduidelijk is hoeveel tijd er tussen vastleggen en verwijderen heeft gezeten, kan dit in het voordeel van de verdachte worden uitgelegd.²⁷ Een onbekende tijdsduur kan echter ook, zeker als de verdachte niet betoogt dat hij terstond heeft verwijderd, als een voldoende lange periode voor bezit worden uitgelegd, wanneer uit allerlei gedragingen (zoals plaatsen in mappen en bewerken van plaatjes) een actieve bemoeienis met kinderporno blijkt.²⁸ Het op dezelfde dag verwijderen is onvoldoende reden voor de Rechtbank Assen om vrij te spreken voor bezit (*ex tunc*) van kinderporno, wanneer de verdachte ‘welbewust het risico [heeft] genomen dat hij kinderpornografisch materiaal in zijn bezit zou krijgen’ door zoektermen te gebruiken waarvan hij eerder had gemerkt dat die (ook) kinderporno opleverden.²⁹ Bij een nog actiever in kinderporno geïnteresseerde gebruiker vond de Hoge Raad ‘enkele dagen’ (het ging in concreto om vier dagen tussen automatisch binnenhalen en gaan kijken of er kinderporno tussen zat) voldoende lang om van opzettelijk bezit te spreken.³⁰

Concluderend kunnen we vaststellen dat kinderporno die in ‘unallocated files’ wordt aangetroffen geen opzettelijk bezit *ex nunc* oplevert, tenzij de verdachte specialistische, forensische software heeft voor het terughalen van verwijderde bestanden. De kinderporno kan echter wel *ex tunc* opzettelijk in bezit zijn geweest, wat moet blijken uit de wil van de verdachte om de kinderporno destijds te verkrijgen. Hoe meer actieve bemoeienis met kinderporno (zoals onder andere kan blijken uit zoekopdrachten, betaling voor weblocaties, het actief plaatsen in mappen of het maken of bewerken van afbeeldingen), des

de computer achterlaat maar vervolgens alles doet om deze kinderporno ten spoedigste zo veel mogelijk van de computer af te halen’.

²⁶ Rechtbank Breda, *LJN* AV2996.

²⁷ Gerechtshof 's-Gravenhage, *LJN* AV2588; Gerechtshof Arnhem 4 april 2005, nummer 21/006010-04 en Hoge Raad, *LJN* AZ0221.

²⁸ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, *LJN* AZ8027.

²⁹ Rechtbank Assen, *LJN* BG9649.

³⁰ Hoge Raad, *LJN* BA6316.

te sneller kan opzettelijk bezit *ex tunc* worden aangenomen. Wanneer echter de verdachte niet blijkt de kinderporno op te slaan of te bewerken, maar direct of binnen korte tijd na het verkrijgen alle mogelijke moeite doet om de kinderporno terstond en effectief te verwijderen (bijvoorbeeld weggooien en de prullenbak legen), kan dit hooguit worden uitgelegd als de wil om alleen te kijken naar kinderporno zonder deze in bezit te willen hebben. Dat is, naar huidig recht, niet strafbaar.

2.2 *Onbekende bestanden*

2.2.1 Tijdelijke bestanden en automatische kopieën

Tijdelijke Internetbestanden ('temporary Internet files') bevatten gegevens van webpagina's die door de computergebruiker zijn bezocht. Die gegevens worden door het besturingssysteem van de computer automatisch op de harde schijf opgeslagen opdat de webpagina een volgende keer dat hij wordt bezocht, sneller wordt weergegeven. Het bestand is tijdelijk in die zin dat in de instellingen van de computer is aangegeven hoeveel schijfruimte de map met tijdelijke bestanden maximaal in beslag mag nemen; zodra deze schijfruimte vol is, worden oude bestanden verwijderd om plaats te maken voor nieuwere. Tijdelijke bestanden kunnen hierdoor weken of zelfs maanden op de computer blijven staan. Enigszins vergelijkbaar met een tijdelijk Internetbestand zijn de JPG-plaatjes die Windows MediaPlayer automatisch aanmaakt. Van in MediaPlayer bekeken filmpjes wordt één scènebeeld gemaakt dat wordt opgeslagen in een 'Art Cache'-bestand, in een verborgen submap op de harde schijf die voor de meer geoefende gebruiker makkelijk zichtbaar te maken is. Deze plaatjes worden door MediaPlayer als icoontjes gebruikt om de gebruiker een overzicht te geven van eerder bekeken filmpjes. Ook als het filmpje wordt weggegooid, blijft het scènebeeld in de Art Cache staan.³¹

Voor toegang tot de tijdelijke Internetbestanden is het niet nodig bijzondere software aan te schaffen of ingewikkelde manoeuvres uit te halen. De gemiddelde computergebruiker is in staat, na een kleine zoektocht via Google of met de help-functie van Windows, deze bestanden te benaderen, ze te verwijderen, en de instellingen voor het opslaan te veranderen. Kortom, beschikken – *ex nunc* – over

³¹ Zie de uitleg in Rechtbank Amsterdam, *L/N* BD2286.

tijdelijke Internetbestanden is in beginsel vrij eenvoudig.³² De moeilijkheid ten aanzien van de bezitvraag ligt hier evenwel niet in het beschikken op zich, maar in het kennen van de mogelijkheid daartoe. De gemiddelde computergebruiker zal zich doorgaans niet bewust zijn van het bestaan en de mogelijkheden van het verschijnsel tijdelijk Internetbestand. Ook zal hij waarschijnlijk geen weet hebben van het geheel eigen leven dat zijn muziek- en filmspeelprogramma leidt en de bestanden die dat programma genereert.

In de rechtspraak komt dan ook naar voren dat weliswaar wordt uitgegaan van een bezit ex nunc, maar dat dit anders dan bij de prullenbak niet als min of meer vanzelfsprekend aanwezig wordt verondersteld.³³ ‘Een element van bewuste vastlegging’ is vereist voor het vaststellen van een zekere beschikkingsmacht.³⁴ Iets anders geformuleerd moet er vast komen te staan dat de verdachte ‘zich in meer of mindere mate bewust is geweest van de aanwezigheid van de afbeeldingen op zijn computer’.³⁵

Bij het aannemen van dat bewust zijn kunnen verschillende typen omstandigheden een rol spelen. Een eerste type betreft de kennis van de verdachte over de tijdelijke Internetbestanden. De kennis kan algemeen worden benaderd, namelijk als het bekend zijn met het verschijnsel tijdelijk Internetbestand. Volgens het Gerechtshof Leeuwarden kon kennis daarover anno 2002/2003 niet algemeen bekend worden verondersteld. Het hof sloot echter niet uit dat in de toekomst daar verandering in zou komen voor wat betreft regelmatige Internetgebruikers.³⁶ Kennis inzake het verschijnsel van tijdelijke Internetbestanden lijkt voorts te kunnen worden afgeleid uit het gegeven dat de verdachte bekend is met het gegeven dat verwijderde bestanden toch nog ergens op de harde schijf te vinden zijn. Daarvoor

32 Dit kan anders liggen bij anderszins automatisch aangemaakte kopieën, bijvoorbeeld wanneer een gebruiker een instelling aanbrengt om van elk binnengekomen bericht een kopie te bewaren in een aparte map. De verdachte die op de computer van die gebruiker surft en chat hoeft zich niet bewust te zijn van deze instelling; de mate waarin de kopieën voor de verdachte toegankelijk zijn, zal dan afhangen van de instellingen en bijvoorbeeld de namen van de mappen en gekopieerde bestanden. Zie de conclusie bij Hoge Raad, *LJN AU9104*.

33 Een enkele uitzondering daargelaten waarin opzettelijk bezit zonder nadere motivering wordt aangenomen. Zie Rechtbank Maastricht, *LJN BD4797*.

34 Rechtbank Amsterdam, *LJN BD2286*, ten aanzien van de MediaPlayer.

35 Gerechtshof Leeuwarden, *LJN AT6636*. Vgl. ook advocaat-generaal Knigge in Hoge Raad, *LJN AU9104* (28 februari 2006): ‘Opzet op de aanwezigheid van kinderpornografisch materiaal in automatisch aangemaakte mappen zal bij de doorsnee computergebruiker niet zo maar mogen worden verondersteld.’

36 Gerechtshof Leeuwarden, *LJN AT6636*.

is bijvoorbeeld het aanschaffen van een schoonmaakprogramma dat bestanden definitief verwijdert een aanwijzing.³⁷

In de situatie dat de verdachte kennis heeft van de werking van tijdelijke Internetbestanden en die kennis aanwendt om zich van de kinderporno te ontdoen, kan dat de verdachte ook ontlasten. Vergelijkbaar met de situatie dat de verdachte er alles aan gedaan heeft om bestanden van zijn harde schijf te wissen, kan de verdachte ook alles eraan doen om zijn tijdelijke Internetbestanden kwijt te raken. Ten aanzien van de verdachte die zijn computer zo heeft ingesteld dat de tijdelijke Internetbestanden o dagen bewaard blijven, en die deze bestanden regelmatig handmatig schoonde, moet dan ook worden geconstateerd dat hij ‘nooit de bedoeling had de afbeeldingen te bewaren’ en alleen maar wilde kijken. Ook hier is de tijd een factor die meeweegt. De tijd dat de afbeeldingen op de computer opgeslagen zijn geweest, achtte de Rechtbank Breda te kort om van bezit te kunnen spreken.³⁸

Bij het aannemen van bezit speelt niet alleen kennis een rol, maar ook welke gedragingen van de verdachten hebben geleid tot het terechtkomen van de kinderporno in de tijdelijke Internetbestanden. Waar er niet alleen sprake is van tijdelijke Internetbestanden, maar ook van bestanden op ontoegankelijke delen van de computer, lijkt het tijdelijke Internetbestand in één adem te worden meegenomen in de ex tunc-toets ten aanzien van de ontoegankelijke bestanden (vergelijk paragraaf 2.1.2). Het betaald hebben voor een kinderpornosite is bijvoorbeeld een aanwijzing om aan te nemen dat er destijds opzettelijk bezit is geweest van zowel nu ontoegankelijke bestanden als tijdelijke Internetbestanden.³⁹

In zaken waarin alleen sprake is van tijdelijke Internetbestanden lijkt het bezit in het verleden eveneens een rol te spelen, maar dan wel binnen de context van het bezit ex nunc. Zo overweegt de Rechtbank Dordrecht dat, bij de verdachte die zelf via de webcam foto’s heeft gemaakt van naakte meisjes en deze heeft verstuurd, buiten twijfel staat dat de opnames op de computer *aanwezig zijn geweest*.⁴⁰ Deze redenering is niet direct begrijpelijk nu hij van toepassing lijkt op een situatie waarin de verdachte de bestanden zelf heeft vastgelegd op de harde schijf en ze daarna heeft gewist – vergelijk paragraaf 2.1.2. Het draaide in deze zaak echter louter om tijdelijke Internetbe-

³⁷ Rechtbank Amsterdam, *LJN* BD2286.

³⁸ Rechtbank Breda, *LJN* AV2996.

³⁹ Rechtbank Roermond, *LJN* AX9921.

⁴⁰ Rechtbank Dordrecht, *LJN* AU4724.

standen – vastgelegd door de computer buiten de verdachte om – waarbij de rechter, blijkens de overweging dat ‘niet aannemelijk is geworden dat de locatie niet toegankelijk is voor een doorsnee computergebruiker’, uitgaat van een beschikkingsmacht *ex nunc*. De rechter gaat niet in op de vraag of de verdachte zich, hetzij subjectief hetzij geobjectiveerd als doorsnee gebruiker, bewust was van deze toegankelijkheid. Wellicht is voor deze rechter kennis van de werking van tijdelijke Internetbestanden wel aanwezig bij de doorsnee gebruiker, of – in onze ogen iets aannemelijker – is hij van mening dat bij een actieve betrokkenheid bij de kinderporno zoals in casu, de gebruiker meer moeite moet doen om zeker te stellen dat overal de kinderporno uit zijn beschikkingsmacht raakt. Met andere woorden: hoe actiever de betrokkenheid rond kinderporno, des te sneller is er sprake van opzettelijk bezit op automatisch aangemaakte kopieën. In die zin geldt voor de actieve kinderpornogebruiker/maker een zwaardere onderzoeksplicht zich te verdiepen in de werking van computers dan de doorsnee computergebruiker die incidenteel of per ongeluk kinderporno in bezit krijgt.

Een zelfde redenering is terug te vinden in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. De rechtbank wijst erop dat de verdachte zelf heeft aangegeven ‘gedurende een aantal maanden op regelmatige basis bezig te zijn geweest met het bewust zoeken van kinderporno op internet, downloaden en bekijken daarvan, waarna hij het verwijderde’. Tezamen met zijn gebruik van een schoonmaakprogramma om binnengehaalde filmpjes effectief te verwijderen en het feit dat MediaPlayer scènebeelden toont van oude filmpjes, betekent dit volgens de rechtbank dat de verdachte beschikkingsmacht had over de plaatjes in de Art Cache.⁴¹ Het actief downloaden en verwijderen is derhalve relevant voor het totaalbeeld van het gedrag en daarmee de beschikkingsmacht *ex nunc* van de verdachte over automatisch aangemaakte kopieën.

Uit bovenstaande blijkt dat de gemiddelde computergebruiker volgens de huidige rechtspraak vooralsnog niet op de hoogte hoeft te zijn van het verschijnsel tijdelijke Internetbestanden, zodat dit niet als zodanig opzettelijk bezit oplevert. Dat ligt anders wanneer uit omstandigheden kan worden afgeleid dat de verdachte zich wel bewust is van de vastlegging van automatische kopieën van de kinderporno, wat bijvoorbeeld kan blijken uit de instellingen op de computer en

⁴¹ Rechtbank Amsterdam, *LJN* BD2286.

het al dan niet regelmatig verwijderen van tijdelijke bestanden. Als hij voldoende en tijdige actie heeft ondernomen om van de bestanden af te komen, is er geen sprake van een aanvaarden van dat bezit.

De (on)bekendheid met het verschijnsel tijdelijke bestanden weegt minder zwaar in de toets van opzettelijk bezit van kinderporno in de tijdelijke Internetbestanden, naarmate de verdachte meer actief is geweest met foto's maken, opzoeken, bekijken en downloaden van kinderporno. Waar het op neerkomt is dat de verdachte die stelt onbekend te zijn met kinderporno op zijn computer omdat hij steeds alles netjes heeft verwijderd, met dat standpunt minder succes heeft naarmate hij (gedurende enige tijd) actievere bemoeienis heeft gehad met kinderporno. Bij actieve kinderpornogebruikers wordt dus meer kennis verondersteld van het verschijnsel tijdelijke Internetbestanden of anderszins automatisch gemaakte kopieën dan bij computergebruikers waar geen patroon van kinderporno-activiteit kan worden vastgesteld.

2.2.2 Onopgemerkte bijvangst

Een verweer waarbij de verdachte zich beroept op onwetendheid onderscheidt zich van de voorgaande verweren doordat dit verweer zich niet in eerste instantie richt op de locatie van de kinderporno. Het verweer komt erop neer dat de verdachte de kinderporno weliswaar heeft vastgelegd, maar dat hij dit onbewust heeft gedaan omdat bijvoorbeeld het materiaal als bijvangst is binnengehaald tussen grote hoeveelheden legale pornoafbeeldingen.

De toets die de rechter ten aanzien van dit verweer aanlegt ziet dan ook op de vraag hoe de verdachte het materiaal heeft binnengekregen. Die toets komt in de meeste gevallen sterk overeen met de toets van de bewuste vastlegging zoals die wordt gebezigd bij het bezit ex tunc van kinderporno waarvan de verdachte stelt dat hij er niet (meer) bij kan (zie paragraaf 2.1.2). In een aantal gevallen wordt de term 'bewuste vastlegging' ook door de rechtbank gehanteerd.⁴²

Een factor die bewuste vastlegging kan suggereren en die het verweer van de verdachte tegenspreekt, is de locatie van het bestand. Ten aanzien van kinderporno in de map 'Mijn documenten' kan moeilijk worden volgehouden dat die daar ongemerkt terechtgekomen is.⁴³ Andere factoren, die ook herkenbaar waren bij de ex tunc-

⁴² Rechtbank Amsterdam, LJN BD2286, Rechtbank Groningen, LJN BC3529.

⁴³ Rechtbank Amsterdam, LJN BD2286.

toets zoals beschreven in paragraaf 2.1.2, zijn het gericht zoeken naar kinderporno of het betalen voor toegang tot kinderpornosites.⁴⁴ Een aanzienlijke hoeveelheid kinderporno op de harde schijf is een aanwijzing dat de verdachte gericht naar kinderporno heeft gezocht en deze bewust heeft opgeslagen.⁴⁵ Een minimale hoeveelheid kan op het tegendeel wijzen,⁴⁶ maar kan ook irrelevant worden geacht, zeker als andere factoren wijzen op gericht zoeken en vastleggen.⁴⁷

Ook het zoeken naar en vastleggen van porno vormt een risico.⁴⁸ De naam van nieuwsgroepen waaruit plaatjes worden binnengehaald, is een belangrijke factor; op nieuwsgroepen als alt.sex.pre-teens! en alt.binaries.pictures.erotica.pre-teen! kan men verwachten kinderporno aan te treffen, dus is er sprake van bewuste vastlegging.⁴⁹

Echter, ook wanneer de zoektocht niet zo (over)duidelijk naar kinderporno wijst maar ongericht grote hoeveelheden porno betreft, lijkt er een lage drempel te bestaan om voorwaardelijk opzet op kinderpornobezit aan te nemen. De Rechtbank Groningen acht het opzoeken van de ‘grenzen van porno’ (wat daar dan ook onder moet worden verstaan) voldoende voor voorwaardelijk opzet: ‘Verdachte (...) heeft door het downloaden van grote hoeveelheden pornobestanden, waarbij hij naar eigen zeggen de grenzen opzocht, welbewust de aanmerkelijke kans aanvaard daarmee tevens kinderporno te downloaden.’⁵⁰ De Rechtbank Utrecht is van oordeel dat verdachte

44 Rechtbank Groningen, *LJN BC3529*, Rechtbank Dordrecht, *LJN AV0174*, Gerechtshof Arnhem, *LJN AV2184*, Hoge Raad, *LJN BA6316*. Zie ook de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage, *LJN BC5528*.

45 Rechtbank Utrecht, *LJN AT8591*; het ging hier om 7475 afbeeldingen en 621 filmfragmenten, tussen slechts enkele duizenden niet-kinderpornobestanden. Rechtbank Dordrecht, *LJN AV0174*, noemde de aanwezigheid van ‘meer dan 50 bestanden’ als aanwijzing van bewuste vastlegging.

46 Rechtbank 's-Gravenhage, *LJN BC5528*; het ging hier om 5 plaatjes in een map met via het uitwisselingsprogramma Limewire automatisch binnengehaalde bestanden die de verdachte nog niet had bekeken. De Rechtbank overweegt hierbij dat het een feit van algemene bekendheid is dat een actieve zoekopdracht naar kinderporno resulteert in grote hoeveelheden kinderporno, zodat a contrario de verdachte kennelijk niet actief heeft gezocht.

47 Gerechtshof Arnhem, *LJN AV2184*, opmerkend dat ‘het aantal niets zegt over het opzet van verdachte’; daarbij neemt het Hof in aanmerking dat uit een Internettap blijkt dat verdachte kinderpornosites heeft bezocht. Zie ook Rechtbank Groningen, *LJN BC3529*, veroordelend voor bezit van drie filmpjes – waarvan de naam al duidde op kinderporno – in de map ‘Shared’ in Limewire, waarbij bleek dat de verdachte bewust op zoek was geweest naar kinderporno.

48 Hoge Raad, *LJN BC8645*, Hoge Raad, *LJN AB1517*, Rechtbank Utrecht, *LJN AV7354*, Rechtbank 's-Hertogenbosch, *LJN BG3640*.

49 Hoge Raad, *LJN AB1517*.

50 Rechtbank Groningen, *LJN AQ6334*.

had ‘kunnen en moeten weten dat hij door grote hoeveelheden pornografisch materiaal te downloaden een aanmerkelijke kans liep op het binnenhalen van kinderporno’. Hoewel de rechtbank dit in algemene zin lijkt te stellen – alsof het een feit van algemene bekendheid zou zijn dat onder Internetporno zich ook kinderporno kan bevinden – speelt een belangrijke rol dat de verdachte had verklaard wel eens kinderporno te hebben aangetroffen die hij vervolgens had verwijderd.⁵¹ Uit de rechtspraak valt een zekere onderzoeksplicht af te leiden voor de bulkbinnenhalers van porno, die treffend wordt geformuleerd door advocaat-generaal Knigge:

‘Een verdachte die eenmaal heeft geconstateerd dat hij via downloaden van pornografisch materiaal tevens kinderpornografisch materiaal heeft ontvangen, zal er zich (bij het voortzetten van het downloaden van pornografisch materiaal) van moeten vergewissen dat niet nog meer afbeeldingen van jeugdigen met een kinderpornografisch karakter zich op zijn computerschijf bevinden.’⁵²

In dezen moet de verdachte bijvoorbeeld nagaan of de bestandsnaam op kinderporno wijst.

Concluderend blijkt dat een verweer dat de kinderporno per ongeluk en onbewust is vastgelegd, bijvoorbeeld bij het zoeken naar en opslaan van grote hoeveelheden legale porno, weinig wordt gehonoreerd in de rechtspraak. Slechts wanneer het enkele plaatjes betreft en er geen enkele aanwijzing is dat verdachte actief heeft gezocht naar kinderporno, is er sprake van niet-opzettelijk bezit. De recht-

⁵¹ Rechtbank Utrecht, *LJN* AV7354. Eenzelfde redenering is te vinden bij de rechtbank genoemd in Hoge Raad, *LJN* AB1517: ‘Door eerst op grote schaal erotische-pornografische afbeeldingen vanaf het Internet in zijn computer op te slaan en door vervolgens enkele malen te constateren dat zich daaronder ook afbeeldingen bevonden van jeugdigen tijdens seksuele gedragingen (die hij heeft verwijderd) heeft verdachte zich willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat er zich op zijn computerschijf nog meer [kinderpornografische] afbeeldingen van jeugdigen zouden bevinden’. Zie ook Rechtbank ‘s-Hertogenbosch, *LJN* BG3640, waarin verdachte die eerder aangetroffen kinderporno had verwijderd, ‘hiermee bewust de aanmerkelijke kans [heeft] aanvaard dat zich op zijn computerschijven nog meer bestanden met kinderporno bevonden, nu hij zijn collectie vervolgens niet definitief heeft verwijderd of niet dan wel in onvoldoende mate definitief heeft opgeschoond’. Rechtbank Assen, *LJN* BG9649, veroordeelde een verdachte die zijn zoektermen niet aanpaste. Hetzelfde criterium komt voor in de gespiegelde situatie waar iemand doorgaat met ‘onbewust’ verspreiden van kinderporno in nieuwsgroepen ondanks een waarschuwing terzake van zijn Internetaanbieder; zie Rechtbank ‘s-Gravenhage, *LJN* AU3675.

⁵² Conclusie bij Hoge Raad, *LJN* AU9104.

spraak lijkt zelfs te neigen naar een zekere risicoaansprakelijkheid bij het massaal binnenhalen van porno. De enkele mogelijkheid dat daar kinderporno tussen zit interpreteert de rechtbank ogenschijnlijk als een aanmerkelijke kans waarvan de verdachte zich bewust moest zijn. In elk geval moet hij, zodra hij één keer kinderporno aantreft, zijn zoekgedrag aanpassen en alle mappen met reeds binnengehaalde bulkporno structureel opschonen, wil hij aan strafrechtelijke aansprakelijkheid ontkomen.

2.2.3 Het was iemand anders!

Hoewel er nog net geen kabouterijtjes worden bijgehaald, blijken verdachten wel creatief in het wijzen naar mogelijke andere schuldigen. Zo heeft volgens één verdachte zijn Internetbrowser zelf de kinderporno op de harde schijf geplaatst; dat is weinig aannemelijk nu het filmpje is aangetroffen in C:\Documents and Settings\[naam verdachte]\My Documents\My Music\ en bovendien afgespeeld blijkt met verdachtes media-programma.⁵³

Een 'hacker'-verweer – mijn computer wordt ongewild gebruikt als opslag- en verspreidplaats van kinderporno door onbekende hackers – wordt nergens gehonoreerd in de door ons onderzochte jurisprudentie. Plaatsing door onbekende derden is onaannemelijk als elk hackerspoor ontbreekt dat forensisch deskundigen hadden moeten aantreffen en de verdachte bovendien zelf anti-hackprogrammatuur heeft geïnstalleerd.⁵⁴ Ook als het technisch niet valt uit te sluiten, is het verweer onaannemelijk als de verdachte actieve bemoeienis met kinderporno lijkt te hebben, bijvoorbeeld wanneer verdachte Hans op Google gezocht heeft naar termen als 'alt.sex.stories.incest' en 'little' en de plaatjes worden aangetroffen in de map D:\users\laptop\C\Hans,⁵⁵ of wanneer verdachte 'naar eigen zeggen dagelijks berichten ontving met betrekking tot kinderpornografisch materiaal'.⁵⁶ Het is evenmin aannemelijk dat hackers kinderporno plaatsen in het op de harde schijf aangetroffen programma PrivacyMaster dat beveiligd is met een wachtwoord bestaande uit het favoriete sigarettenmerk, leeftijd en geboortjaar van de verdachte.⁵⁷

53 Zie de conclusie bij Hoge Raad, *LJN* BD4872; de Hoge Raad doet de zaak af onder verwijzing naar artikel 81 RO.

54 Rechtbank Utrecht, *LJN* BG5730.

55 Rechtbank Zwolle, *LJN* AY5104.

56 Rechtbank Middelburg, *LJN* AF4981.

57 Rechtbank 's-Gravenhage, *LJN* AY5348.

Maar ook bij een geheel onbeveiligde computer die open en bloot toegankelijk is voor derden, slaagt een derden-verweer (betreffende hem onbekend voorkomende plaatjes) natuurlijk niet als de verdachte zelf een (obsessieve) verzamelwoede voor kinderporno heeft en met een zoekrobot automatisch kinderporno uit nieuwsgroepen haalt.⁵⁸

Een derden-verweer heeft iets meer kans van slagen als het om bekende derden gaat, namelijk als de computer bij meerdere personen in gebruik is of is uitgeleend aan anderen. Dan moet de verdachte natuurlijk wel verklaren wanneer en aan wie hij de harde schijf heeft uitgeleend, anders is de verklaring niet te controleren.⁵⁹ De verdachte kan wel worden vrijgesproken bij kinderporno op computers die meerdere weken uit zijn macht zijn geweest (en wel bij aangevers/getuigen die volgens de raadsman de verdachte in een kwaad licht willen stellen), nu niet kan worden vastgesteld wanneer de afbeeldingen precies zijn geplaatst.⁶⁰ Ook als de computer door meerdere personen wordt gebruikt, terwijl de verdachte het wachtwoord niet kent tot de desbetreffende map (waarbij de rechter overigens niet vermeld waaruit de onwetenschap van verdachte blijkt), kan hij niet worden veroordeeld voor kinderpornobezit.⁶¹ Het is echter onwaarschijnlijk dat de 14-jarige zoon van verdachte, die ook de computer gebruikt, grote hoeveelheden kinderporno en extreme dierenporno zou opslaan in een map met het reeds genoemde sigarettenwachtwoord dat wijst in de richting van zijn verdachte vader.⁶²

Opmerkelijk is overigens wel dat ons corpus één zaak bevat betreffende een cd-rom met kinderporno, waarvan ‘de bewijsmiddelen niet uit[sluiten] dat door toedoen van anderen bedoelde cd-rom in bezit van verdachte zijn [sic] gekomen zonder dat verdachte daar kennis van had’; mede omdat op de harde schijf van verdachte geen enkel spoor van kinderporno is aangetroffen, spreekt Rechtbank Assen vrij van opzettelijk bezit van de cd-rom.⁶³ Wellicht zijn andere gegevensdragers meer vatbaar dan de harde schijf om ongemerkt in iemands bezit te belanden, maar aangezien ons onderzoek zich beperkt heeft tot harde schijven, kunnen we aan deze uitspraak geen algemene conclusies verbinden.

⁵⁸ Gerechtshof 's-Gravenhage, *LJN AF0684*.

⁵⁹ Rechtbank 's-Hertogenbosch, *LJN BG9125*.

⁶⁰ Rechtbank 's-Gravenhage, *LJN BG6090*.

⁶¹ Rechtbank 's-Hertogenbosch, *LJN BG3640*.

⁶² Rechtbank 's-Gravenhage, *LJN AY5348*.

⁶³ Rechtbank Assen, *LJN AY8008*.

Concluderend blijkt dat een verweer dat iemand anders de kinderporno op de harde schijf heeft geplaatst, weinig kans van slagen heeft, sowieso niet als het niet nader aangeduide derden of hackers betreft. De rechtspraak kan goed worden samengevat in het criterium van advocaat-generaal Machielse: 'Behoudens sterke aanwijzingen voor het tegendeel mag de rechter ervan uitgaan dat de daarop aangetroffen downloads zijn bewerkstelligd door de eigenaar van een [computer]'.⁶⁴

2.3 Overig

We hebben één uitspraak aangetroffen waarin een andersoortig verweer is gevoerd: de gewraakte kinderporno is nooit in bezit van verdachte geweest, maar stond reeds op de harde schijf die de politie heeft gebruikt om een één-op-één-kopie van verdachtes harde schijf te maken. Met andere woorden: de politie had geen lege schijf gebruikt, maar een schijf waar per ongeluk nog kinderporno uit een vorige zaak op stond. De rechtbank heeft in deze zaak geen enkele reden om te twijfelen aan de technische gang van zaken en verwerpt het verweer.⁶⁵

3 Reflectie

3.1 Criteria en factoren

De hierboven geanalyseerde jurisprudentie biedt een rijk geschaakt overzicht van de criteria en factoren die rechters hanteren om te bepalen of er sprake is van opzettelijk bezit van kinderporno op de harde schijf. De jurisprudentie blijkt tamelijk eenduidig te zijn, zodat onze analyse een duidelijk beeld oplevert van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van digitale kinderpornobezitters.

Opzet behelst in het algemeen twee elementen: weten en willen. Deze twee elementen zien we dan ook terugkeren in de verweren die worden gevoerd en in de toetsing van de rechter. De nadruk ligt daarbij in de meeste gevallen op het vaststellen van het cognitieve element, het zich bewust zijn.⁶⁶ Daar waar het gaat om verwijderde bestanden (paragraaf 2.1) – die de verdachte dus wellicht niet heeft

⁶⁴ Hoge Raad, *LJN* BD4872.

⁶⁵ Rechtbank Breda, *LJN* AY5686.

⁶⁶ Vergelijk ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 219.

willen bezitten – scharniert het bewijs van opzettelijk bezit echter ook vaak om de vraag naar de aanvaarding van het bezit.

Bij de toets van het ‘zich bewust zijn’ valt op dat deze in een groot aantal zaken het vaststellen van de beschikkingsmacht over de bestanden omvat. Hier kan aansluiting worden gezocht met een criteriumduo dat bekend is uit het leerstuk van de aansprakelijkheid van Internetaanbieders: kennen en kunnen.⁶⁷ Men kan slechts aansprakelijk worden gehouden voor strafbare gegevens als men ze kent én als men erover kan beschikken. In de klassieke gevallen van strafbaar bezit, zoals wapens of drugs die in de woning worden aangetroffen, is de beschikkingsmacht vrijwel vanzelfsprekend; bij digitale gegevens is dat echter niet altijd zo, zoals blijkt uit het onderscheid in de jurisprudentie tussen de prullenbak (met beschikkingsmacht, paragraaf 2.1.1) en ‘echt’ verwijderde bestanden (zonder beschikkingsmacht, paragraaf 2.1.2).

Wanneer we de duo’s combineren, waarbij weten en kennen samenvallen, kunnen we derhalve drie elementen onderscheiden voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bezit van digitale kinderporno: kennen, kunnen en willen. Voor elk element vinden we relevante criteria in de geanalyseerde rechtspraak:

- **kennen**: ‘het vereiste element van bewuste vastlegging’;⁶⁸ ‘dat de verdachte zich in meer of mindere mate bewust is geweest van de aanwezigheid van deze afbeeldingen in zijn computer’;⁶⁹ maar ook in de vorm van voorwaardelijk opzet: ‘welbewust het risico genomen dat hij kinderpornografisch materiaal in zijn bezit zou krijgen’;⁷⁰
- **kunnen**: ‘de voor het bewijs van opzet vereiste beschikkingsmacht had over de kinderpornografische afbeeldingen’;⁷¹
- **willen**: ‘de bedoeling had om de afbeeldingen te bewaren en daarmee in zijn bezit te hebben’;⁷² ‘het materiaal is hem op enig mo-

67 Zie artikel 54a Sr: Internetaanbieders zijn niet aansprakelijk voor strafbare gegevens als zij na aanmaning van de OvJ (waardoor ze de gegevens ‘kennen’) de gegevens toegankelijk maken voorzover dat redelijkerwijs van hen kan worden gevergd (dus voorzover ze dat ‘kunnen’). Met andere woorden: ze zijn alleen aansprakelijk wanneer zeker is dat ze de gegevens kennen en erover kunnen beschikken. Vgl. C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht*, diss. Leiden, Deventer: Gouda Quint 2000 en M.H.M. Schellekens, *Aansprakelijkheid van Internet-aanbieders*, diss. Tilburg, Den Haag: Sdu 2001.

68 Rechtbank Groningen, *LJN* BC3529; id. Rechtbank Amsterdam, *LJN* BD2286.

69 Gerechtshof Leeuwarden, *LJN* AT6636.

70 Rechtbank Assen, *LJN* BG9649.

71 Rechtbank ‘s-Hertogenbosch, *LJN* BH0895.

ment gepasseerd en hij heeft er vervolgens op de meest effectieve wijze die hem als min of meer gewoon computergebruiker ter beschikking stond van ontdaan'.⁷²

Op basis van onze jurisprudentieanalyse en de daarin aangetroffen criteria betreffende kennen, kunnen en willen, kunnen we het volgende *overkoepelende criterium* formuleren:

Degene op wiens harde schijf kinderporno is aangetroffen, is strafbaar wegens het opzettelijk in bezit hebben van deze kinderporno, indien hij zich bewust is van de aanwezigheid van de bestanden, hierover beschikkingsmacht heeft, en de bedoeling heeft ze in bezit te hebben.

De onderdelen van het criterium kunnen aan de 'bovenkant' van opzet worden ingevuld – willens en wetens bezitten – maar ook aan de onderkant met voorwaardelijk opzet: welbewust het risico nemen op bezit. Deze onderkant wordt vooral benaderd bij kinderporno als 'bijvangst' van bulkpornosurfers, maar ook wel bij door de computer automatisch gemaakte kopieën bij actieve kinderpornozoekers. Bovendien kan het criterium niet alleen *ex nunc* worden gehanteerd – de aangetroffen kinderporno is ten tijde van het aantreffen in verdachtes bezit – maar ook *ex tunc*: de aangetroffen kinderporno is ooit in verdachtes bezit geweest. De *ex tunc*-toets wordt vooral gebruikt in gevallen waarin er geen beschikkingsmacht (meer) is, maar waar er wel aanwijzingen zijn van actieve bemoeienis van de gebruiker met kinderporno.

Bij de invulling van het hoofdcriterium lijken aldus kennen/kunnen enerzijds en willen anderzijds communicerende vaten te zijn. Naarmate er meer aanwijzingen zijn van willen (vooral in de zin van actief op zoek zijn naar kinderporno), wordt er minder belang gehecht aan de mate van kennen (bijvoorbeeld van automatische kopieën) of kunnen (zoals beschikkingsmacht *ex nunc*). En omgekeerd: naarmate de verdachte duidelijker kennis en beschikkingsmacht heeft, moeten er sterke aanwijzingen zijn van het niet willen om nog aan strafrechtelijke aansprakelijkheid te ontkomen.

⁷² Rechtbank Breda, *LJN* AV2996.

⁷³ Gerechtshof Arnhem 4 april 2005 (Hoge Raad, *LJN* AZ0221); Rechtbank Dordrecht, *LJN* AV0150.

Wanneer is er nu precies sprake van kennen, kunnen en willen? Hier kunnen we de factoren op een rijtje zetten die rechters hanteren bij de invulling van het criterium. De rechters kijken naar de volgende factoren:

- de *computerkennis* van verdachte; meestal is er sprake van een ‘doorsnee gebruiker’, die verondersteld wordt wel kennis te hebben van de werking van de prullenbak, maar niet van de werking van tijdelijke Internetbestanden of andere automatisch aangemaakte kopieën, en die evenmin in staat is bestanden in ‘unallocated clusters’ weer leesbaar te maken;
- de aan- of afwezigheid van speciale *programmatuur*, hetzij forensische software om verwijderde bestanden terug te halen, hetzij programma’s om juist bestanden grondig te verwijderen;
- het *aantal* kinderpornobestanden, absoluut bekeken (‘bescheiden hoeveelheid’, ‘meer dan 50’) of relatief ten opzichte van andere bestanden (zoals legale porno) op dezelfde plaats;
- de *plaats, aard en naam* van de *map* waarin de kinderporno is aangetroffen: in een zelfgemaakte mappenstructuur of in ‘mijn documenten’, dan wel in automatische mappen of in de ‘unallocated clusters’; alsmede of de map is beveiligd met een wachtwoord dat al dan niet duidt op de verdachte;
- de *naam* van het kinderpornobestand;
- de *wijze waarop* de kinderporno op de harde schijf is beland: automatisch of als bewuste handeling; vooral wordt daarbij gekeken naar de activiteiten van verdachte die wijzen op interesse in kinderporno: het actief zoeken (blijkend uit zoekopdrachten of de naam en aard van bezochte weblocaties of nieuwsgroepen), het betalen voor toegang tot een kinderpornosite, en het zelf maken of bewerken van kinderpornoafbeeldingen;
- of de kinderporno is *verwijderd* en zo ja, hoe (prullenbak of ‘echt’ verwijderd);
- de *tijdsduur* tussen het moment van verkrijging en het moment van verwijdering; dit is vooral van belang in samenhang met de wijze van verkrijging: een korte periode (in elk geval minder dan een dag) wijst op het niet willen bezitten, maar als de verdachte actief op zoek is geweest, kan ook een korte periode voldoende zijn voor strafbaar bezit in een ex tunc-toets;
- wanneer de verdachte het bestand voor het *laatst bekeken* heeft, wat een indicatie kan zijn van de wil om te bezitten;
- of de verdachte meteen na het aantreffen van kinderporno derden heeft *ingelicht*, wat een indicatie kan zijn van de wil niet te bezitten;

- de *beschikkingsmacht* over de *computer*: is deze bij meerdere personen in gebruik, of ooit uitgeleend aan bekenden, wat van belang is om te beoordelen of anderen de kinderporno op de harde schijf kunnen hebben geplaatst.

3.2 *Het beeld van de verdachte*

Vanzelfsprekend worden niet altijd alle factoren gewogen. De rechters gaan meestal in op één tot vier factoren die voor hen kennelijk van overwegende betekenis zijn. Niettemin kunnen ook dan de andere factoren wel meespelen op de achtergrond. Rechters letten, zo is onze indruk, vooral op het *algemene beeld* van de situatie. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat bij de prullenbak (weggegooid maar niet echt verwijderd) naar bezit *ex nunc* wordt gekeken, terwijl bij de ‘unallocated clusters’ (‘echt’ verwijderd) regelmatig wordt overgestapt op een *ex tunc*-toets: ook al heeft verdachte geen beschikkingsmacht en duidt verwijderen op niet-willen, als er ‘meer aan de hand lijkt’ moet worden bekeken of verdachte ooit wél kinderporno heeft kunnen en willen bezitten. Eenzelfde mechanisme zien we bij de interpretatie van ‘kennen’ van tijdelijke Internetbestanden: als het beeld ontstaat dat verdachte actieve bemoeienis heeft met kinderporno, wordt hij sneller geacht op de hoogte te zijn van het verschijnen van automatische kopieën dan de minder actief betrokken, ‘doorsnee’ gebruiker.

Vanuit het algemene beeld van de situatie lijken rechters aldus de verdachten in een continuüm te situeren van kinderpornobemoeienis, met aan het ene uiterste de verdachte bij wie slechts enkele plaatjes zijn aangetroffen die spoedig en effectief zijn verwijderd,⁷⁴ en aan het andere uiterste de verdachte met obsessieve verzamelwoede van kinderporno.⁷⁵ Aan de ‘incidentele’ kant van dit spectrum – de niet-actieve kinderporno-betrokkene – is het uitgangspunt ‘niet strafbaar, tenzij’; aan de andere, ‘stelselmatige’ kant – de actieve kinderporno-gebruiker – is het uitgangspunt juist ‘strafbaar, tenzij’. Zodra de verdachte iets meer bemoeienis lijkt te hebben dan incidenteel, slaat de standaard al snel om naar ‘strafbaar, tenzij’, zoals blijkt uit de tegen risicoaansprakelijkheid aanleunende uitspraken over ‘bijvangst’ bij bulkpornobinnenhalers. Van echte risicoaansprakelijkheid voor pornosurfers is echter geen sprake; de rechters hanteren de lage grens

⁷⁴ Gerechtshof Arnhem 4 april 2005 (Hoge Raad, *LJN AZ0221*).

⁷⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage, *LJN AF0684*.

van voorwaardelijk opzet vooral bij verdachten die het beeld oproepen dat zij de bijvangst eigenlijk wel op prijs stellen ('verdachte gebruikte zijn computer hoofdzakelijk voor het downloaden van porno en klikte sites met kinderporno zeker aan als deze voorbij kwamen').⁷⁶

Waar over het algemeen vrij snel strafbaarheid wordt aangenomen bij actieve kinderpornogebruikers, is er één categorie te onderscheiden die ondanks actieve bemoeienis met kinderporno toch ook wordt vrijgesproken voor opzettelijk bezit: degenen die weliswaar actief zoeken en kijken naar kinderporno, maar deze bewust niet in bezit (willen) hebben. Deze verdachten volgen – naar onze indruk bewust – de lijn dat bezit van kinderporno strafbaar is, maar niet het enkele kijken naar kinderporno, en worden dan ook in de rechtspraak, onder verwijzing naar de bedoeling van de wetgever, vrijgesproken.⁷⁷ Voor deze categorie gebruikers is het nu relevant om nader te kijken naar het aanhangige wetsvoorstel ter implementatie van het Verdrag van Lanzarote.

3.3 *Kijken vanuit Lanzarote*

Het Verdrag van Lanzarote, dat op 25 oktober 2007 werd ondertekend, beoogt om in aanvulling op bestaande instrumenten kinderen te beschermen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik.⁷⁸ In het Nederlandse wetsvoorstel ter uitvoering van het Verdrag van Lanzarote wordt artikel 240b Sr aangescherpt en wordt tevens een nieuwe gedraging toegevoegd: het zich toegang verschaffen tot kinderpornografie.⁷⁹ Deze uitbreiding heeft als achtergrond dat kinderporno te-

⁷⁶ Hoge Raad, *LJN* BC8645.

⁷⁷ Zie onder andere Gerechtshof Leeuwarden, *LJN* AT6636 ('Het hof stelt voorop dat het enkele bekijken van een afbeelding van kinderpornografische aard niet als het "bezit" daarvan in de zin van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht kan gelden, ook niet wanneer deze afbeelding doelbewust vanaf het internet op het computerscherm wordt opgeroepen'); Rechtbank Breda, *LJN* AV2996 ('Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever het enkele bekijken van afbeeldingen van kinderpornografische aard niet strafbaar heeft willen stellen'). Zie ook Rechtbank Amsterdam, *LJN* BD2286 – waar overigens geen vrijspraak volgde ('Het enkele bekijken van digitale kinderpornografie levert derhalve in zijn algemeenheid nog geen strafrechtelijk verwijtbaar bezit op').

⁷⁸ Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik, CETS 201, *Trb.* 2008, 58. Begin april 2009 was het verdrag door 34 lidstaten ondertekend en door één lidstaat (Griekenland) geratificeerd. Inwerkingtreding volgt bij vijf ratificaties waaronder minstens drie lidstaten.

⁷⁹ Zie *Kamerstukken II*, 2008/2009, 31 810, nrs. 1-6.

genwoordig op grote schaal en gemakkelijk toegankelijk is via het Internet. Kinderpornosurfers kunnen ‘real time’ naar afbeeldingen kijken. In een dergelijke situatie, als er zich dus geen gedownload materiaal op de harde schijf van computer bevindt, zal geen sprake zijn van bezit, aldus de minister. De uitbreiding van artikel 240b Sr is dan ook bedoeld als een vangnet voor die gevallen die niet onder de strafbaarstelling van bezit kunnen worden gebracht.⁸⁰

De bovenstaande redenering wekt de indruk dat ‘zich toegang verschaffen’ gelijk kan worden gesteld met ‘kijken’. Opvallend is dan ook dat de minister dat even verderop in de memorie van toelichting nadrukkelijk ontkent: ‘Het bekijken van kinderporno als zodanig is niet strafbaar gesteld. Dat is een bewuste keuze van de wetgever. De voorgestelde aanscherping strekt ook niet tot strafbaarstelling daarvan.’⁸¹ Het verschil met ‘kijken’ is dat zich toegang verschaffen een actieve handeling gericht op het verkrijgen van toegang impliceert.⁸² De nadruk ligt hier vermoedelijk op *actief én gericht*. Wie per ongeluk online kinderporno te zien krijgt, is niet strafbaar.⁸³ Het gaat dus om die kijkers die actief en gericht (in die zin zouden we dan de ‘actieve handeling’ moeten verstaan) via het Internet of een besloten netwerk moeite doen om kinderporno te zien te krijgen. Dat ‘kijken’ straffeloos blijft, is dan ook maar ten dele waar, want de strafbaarstelling van toegangsverschaffing ziet aldus op ‘actief en gericht kijken’. Een dergelijke activiteit kan volgens de memorie van toelichting bijvoorbeeld worden vastgesteld doordat een kinderpornosite wordt bezocht na het aanklikken van een link die een indicatie geeft voor de inhoud,

⁸⁰ *Kamerstukken II*, 2008/2009, nr. 3, p. 3-4.

⁸¹ *Kamerstukken II*, 2008/2009, nr. 3, p. 4.

⁸² *Kamerstukken II*, 2008/2009, nr. 3, p. 4.

⁸³ Enige verwarring wekt de minister hier met de opmerking dat de niet-strafbaarheid geldt voor wie het bestand bekijkt na ongevraagde toesturing *én zich ervan ontdoet* (*Kamerstukken II*, 2008/2009, nr. 3, p. 4). De ‘ontdoeplicht’ zou kunnen suggereren dat niet-strafbaar, onopzettelijk kijken overgaat in strafbaar, opzettelijk kijken als de afbeelding te lang op het scherm blijft staan en de kijker dus kennelijk geïnteresseerd blijft kijken. Vermoedelijk zal echter, gezien het hoofdcriterium van een actieve handeling gericht op verkrijgen – die bij ongevraagde toesturing immers ontbreekt –, met ‘ontdoen’ bedoeld zijn dat de afbeelding niet bewust mag worden opgeslagen, zodat deze ‘ontdaan wordt’ bij afsluiting van de browser of de computer. De vraag is dan wel of de toevallige kijker ook geacht wordt zich van automatisch aangemaakte kopieën (in de tijdelijke Internetbestanden) te ontdoen. Op basis van onze jurisprudentieanalyse zal de toevallige kijker die een ‘gewone’ computergebruiker is, niet geacht worden op de hoogte te zijn van automatische kopieën en deze dus niet opzettelijk in bezit hebben.

of wanneer iemand een site vaker heeft bezocht. Ook het betalen voor toegang tot een site is bewijs voor dit ‘actieve kijken’.⁸⁴

Deze voorbeelden en het concept van ‘actief kijken’ doen denken aan het concept van de beschikkingsmacht en de wijze waarop de rechter dat benadert, zoals dat naar voren kwam in onze bespreking van de rechtspraak inzake bezit. Om bezit vast te stellen van verwijderde bestanden of van bestanden waarvan de verdachte zegt het bestaan niet te kennen, kijkt de rechter niet alleen naar het feitelijke bezit maar ook naar het ‘hoe, waardoor en waarom’ van dat bezit. Daarbij is van belang hoe actief en gericht de verdachte bezig was met kinderporno, of hoe hij de bestanden heeft verkregen. Voor het aannemen van bezit wordt dan ook gekeken naar dezelfde soorten omstandigheden als die blijken de memorie van toelichting kunnen dienen als bewijs voor ‘actief kijken’, zoals de naam van een hyperlink, betalingsverkeer, en bijvoorbeeld inloggegevens. Bezit en ‘actief kijken’ lijken dan ook niet heel ver van elkaar vandaan te liggen.⁸⁵ Beide worden benaderd vanuit een concept van beschikkingsmacht en voor het bewijzen van beide zijn dezelfde omstandigheden van belang. Het verschil is dat in het geval van bezit de op de harde schijf achtergebleven sporen het vertrekpunt vormen. Van de door de wetgever beoogde vangnetfunctie van het nieuwe artikel 240b Sr is derhalve alleen sprake in die gevallen dat er na actief surf- en kijkgedrag geen enkel spoor van kinderporno op de computer is achtergebleven, terwijl er wel bewijs is – zoals log- en betaalgegevens – van het actief zoeken en online kijken naar kinderporno. Nu het voor de gemiddelde maar ook voor de iets behendigere computergebruiker lastig is geen sporen van afbeeldingen achter te laten op de harde schijf, en de meer of zeer behendige computergebruiker die wel alle sporen op de harde schijf kan wissen vermoedelijk even behendig zal zijn om geen sporen van het zoek- en kijkgedrag achter te laten, zal deze situatie naar ons idee niet snel aan de orde zijn. Een vangnetfunctie die bewijsproblemen bij bezit kan opvangen, heeft de strafbaarstelling van toegangsverschaffing dan ook nauwelijks.

Niet zozeer als vangnet maar eerder als uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid functioneert de figuur van actief

⁸⁴ *Kamerstukken II*, 2008/2009, nr. 3, p. 4.

⁸⁵ Interessant in dat verband is de vergelijking met de situatie in de VS waar bezit enger lijkt te worden geïnterpreteerd en het strafbaar stellen van ‘viewing’ derhalve wel een aanzienlijke uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid zou zijn. Zie R. Michaels, ‘Criminal law - the insufficiency of possession in prohibition of child-pornography statutes: why viewing a crime scene should be criminal’, 30 *Western New England Law Review* (2008), p. 817-866.

kijken ten aanzien van een bepaalde groep verdachten. In de voorgaande paragraaf wezen wij al op de actieve kinderpornosurfers die tegelijkertijd echt werk maken van het schonen van hun computer, bewust het adagium volgend dat alleen kijken niet strafbaar is. Deze personen kunnen onder de huidige wetgeving niet worden veroordeeld voor het bezitten van kinderporno omdat zij, hoewel ze wel actief kijken naar kinderporno, het materiaal aantoonbaar niet willen bezitten en het op een effectieve manier verwijderd hebben. Die situatie verandert als artikel 240b Sr wordt gewijzigd zoals is voorgesteld, aangezien het ‘actief en gericht kijken’ nu wel strafbaar wordt. Een verdachte als in de casus van het arrest van de Hoge Raad van 28 februari 2006⁸⁶ – verdachte krijgt via chatgroepen kinderpornomateriaal opgestuurd maar verwijdt dit tijdig – zal onder de nieuwe wetgeving niet meer worden vrijgesproken. Hetzelfde geldt voor de man die bewust alleen keek, niet opsloeg, en zijn tijdelijke Internetbestanden verwijderde.⁸⁷ In deze gevallen zal naar alle waarschijnlijkheid straks sprake zijn van strafbaar gedrag nu verdachten zich door middel van een geautomatiseerd werk opzettelijk toegang hebben verschaft tot kinderpornografische afbeeldingen. In het licht van de ratio van de strafbaarstelling van kinderporno – het bestrijden van een subcultuur die misbruik van kinderen bevordert⁸⁸ – lijkt deze uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid terecht. Het gaat immers om actieve kinderpornokijkers die door hun actieve zoek- en kijkgedrag de vraag naar kinderporno in stand houden.

4 Conclusie

Wanneer er kinderporno op een harde schijf wordt aangetroffen is sprake van opzettelijk en dus strafbaar bezit als een verdachte wist van het bestaan van de kinderporno, kan of kon beschikken over het beeldmateriaal, en zich niet tijdig op effectieve wijze ontdaan heeft van de afbeeldingen. De verdachte moet kortom kennen, kunnen en willen. Die drie elementen zijn zowel relevant bij bestanden waarvan

⁸⁶ Hoge Raad, *LJN* AU9104.

⁸⁷ Rechtbank Breda, *LJN* AV2996. Zie ook nog Gerechtshof Leeuwarden, *LJN* AT6636. Hier wordt uit de uitspraak echter niet duidelijk in hoeverre de verdachte een actieve kinderpornosurfer was. Genoemde zaken lijken overigens de enige te zijn waarin de rechter een ‘wel kijkende maar niet bezittende’ verdachte vrijspreekt. Bij de meeste vrijspraken (15 op 51 uitspraken) wordt er niets vastgesteld ten aanzien van het gedrag van de verdachte dan wel lijkt er sprake van ‘per ongeluk’ bezit.

⁸⁸ Vgl. de Aanwijzing kinderpornografie, *Stcr.* 2007, nr. 162, p. 8.

de verdachte zegt dat hij ze verwijderd heeft als bij bestanden waar de verdachte van zegt er niet bekend mee te zijn. Wij hebben uit het corpus van de door ons onderzochte uitspraken verschillende afwegingsfactoren gedestilleerd die de rechter hanteert bij het vaststellen van het kennen, kunnen en willen. Hoe de weegschaal uitslaat blijkt daarbij vaak afhankelijk van de mate van actieve bemoeienis van de verdachte met kinderporno op het Internet. Anders dan bij fysieke zaken als wapens en drugs die in een woning worden aangetroffen, kan namelijk uit het feitelijke bezit niet zonder meer worden afgeleid dat de verdachte zich bewust is van het bezit én er beschikkingsmacht over heeft; om dat te kunnen beoordelen, moet dan vooral bekeken worden of de verdachte actieve bemoeienis heeft gehad met de totstandkoming van het bezit.

Aldus houdt de rechter bij de beoordeling van strafbaar bezit van kinderporno rekening met de eigenschappen van de digitale wereld. Juist in zaken waarin ‘opzet op de harde schijf’ niet evident is doordat er twijfel mogelijk is over kennen, kunnen of willen, is het vaak een doorslaggevende factor of de verdachte al dan niet actief op zoek is geweest naar kinderporno. In die zin is het zich toegang verschaffen of ‘actief kijken’ waarmee artikel 240b Sr in het Lanzarote-implementatiewetsvoorstel wordt uitgebreid, in de rechtspraak in wezen al een factor bij de interpretatie van digitaal bezit. Dat betekent dat de ‘actieve kijkers’ in veel gevallen ook al onder het huidige recht kunnen worden veroordeeld, wanneer er sporen van kinderporno op de harde schijf te vinden zijn. Alleen voor de gevallen waarin de harde schijf helemaal ‘schoon’ is maar er wel anderszins bewijs is van ‘actief kijken’, biedt de voorgestelde wetswijziging een nieuw handvat voor vervolging.

Wij schatten de vangnetfunctie van ‘actief kijken’ voor bewijsproblemen bij bezit als betrekkelijk denkbeeldig in, maar de praktijk zal uiteindelijk leren hoe vaak dit soort gevallen zich voordoen. Tegelijk biedt de strafbaarstelling van opzettelijke toegangsverschaffing een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een kleine maar niet onbelangrijke groep kinderpornogebruikers die we in de jurisprudentieanalyse zijn tegengekomen: degenen die, conform de bewuste keuze van de wetgever, niet strafbaar willen zijn door enkel te kijken naar kinderporno zonder deze in bezit te willen hebben. Aangezien zij met hun actieve zoekgedrag de vraag naar online kinderporno in stand houden, is het met het oog op de bestrijding van seksueel kindermisbruik terecht dat ook zij voortaan strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden.